Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

die Resultate derselben nicht nur mit dem Geiste der Justinianischen Verordnung, sondern auch mit allen den übrigen Quellen-Aussprüchen, welche den, in den frühern Abschnitten dieser Abhandlung betrachteten anderweiten Auslegungen so entscheidend entgegenstehen, in dem vollsten Einklange sind.

Ueber das qualificirte Geständniß.

Von

Herrn Dr. T. Brackenhöft in Kiel.

(Beschluß der im vor. Hefte angef. Abhandl.)

II. Von der bisherigen Erörterung ist der Fall ausgeschlossen geblieben, wenn, nach geschehener Sonderung der in der Antwort einer Parthei enthaltenen verschiedenen juristischen Facta, sich unter diesen eines findet, welches eine Beantwortung im engern Sinne oder eine Einlassung auf ein einziges juristisches Factum des Gegners, aber weder ein gänzliches Zugestehen, noch ein gänzliches Abläugnen desselben, enthält; gleichviel, ob daneben andere juristische Facta des Gegners rein geläugnet oder gestanden (Nr. I. 1.) oder Einreden vorgeschützt (Nr. I. 2.) sind. Dem steht der Fall gleich, wo der Vortrag überhaupt nur ein solches beantwortendes juristisches Factum enthält. Sind diese beiden einander gegenüberstehenden Facta also theilweise übereinstimmend, theilweise nicht, so entsteht die Frage: inwiefern sie dieselben sind? Für die Beantwortung derselben werden uns die vorhin betrachteten Eigenschaften einer juristischen Thatsache als Anhaltpunkte dienen.

Unter diesen Fall gehört denn auch derjenige, in welchem die älteren Juristen capita connexa und Untheilbarkeit annehmen (vgl. Not. 24); kann aber deßhalb nur als Unter-

art deſſelben betrachtet werden, weil ſie nur dasjenige Geſtändniß dabei im Auge gehabt zu haben ſcheinen, deſſen Modification in der Behauptung der Hinzufügung einer Bedingung beſteht. Dagegen entſpricht ihm im Weſentlichen der Fall, in welchem neuere Juriſten einhellig ein qualificirtes Geſtändniß [26]), und zwar ein theilweiſes Eingeſtändniß und ein theilweiſes Abläugnen annehmen (Not. 2); obgleich dieß gerade da, wo die älteren Juriſten nach dem Geſagten hauptſächlich von capita connexa redeten, in Anſehung des juriſtiſchen Factums nicht zutrifft. In dieſem Falle iſt denn auch der Sache nach ein qualificirtes Geſtändniß vorhanden, ſo daß es der formellen Umwundenheit gar nicht bedarf, um ein ſolches hier zu finden: denn es würde doch nicht weniger ein qualificirtes Geſtändniß vorhanden ſeyn, wenn eine Parthei erklärte: ich räume den Kauf ein, behaupte aber, daß eine Bedingung hinzugefügt worden; als wenn ſie ſagte: ich behaupte, daß dem Kaufe eine Bedingung hinzugefügt, oder: ich läugne, daß der Kauf ohne Hinzufügung einer Bedingung abgeſchloſſen worden. Daher ſoll dieſes Geſtändniß zur Unterſcheidung von dem sub Nr. I. 2. betrachteten, als materiell qualificirtes Geſtändniß bezeichnet werden.

Hier ſind nun folgende Fälle zu ſondern:

1. Es iſt von einem einfachen (vgl. oben Nr. 1. a.) juriſtiſchen Factum die Rede [27]).

---

26) Collmann, Grundlinien einer Theorie des Beweiſes S. 118 ſtellte ſchon die Anſicht auf, daß dann ein qualificirtes Geſtändniß vorhanden ſey, wenn ein juriſtiſches Factum ſtatt eines andern eingeräumt werde. Daß dann die Frage über die Untheilbarkeit eines Geſtändniſſes, mit der Frage: ob das Vorſchützen einer Einrede ein Geſtändniß enthalte (vgl. Nr. II. 2. 6.), zuſammenfalle, wie Linde a. a. O. behauptet, läßt ſich nicht annehmen, wie aus dem Folgenden erhellen wird.

27) Dem einfachen juriſtiſchen Factum ſteht das begründende Moment des zuſammengeſetzten in Beziehung auf Theilbarkeit gleich. Das einfache wird daher zweckmäßig zuerſt in Erwägung gezogen.

A. Die Antwort weicht darin ab, daß die innere Seite des juriſtiſchen Factums, oder der zu dem äußern Factum gehörige freie Wille, in Abrede geſtellt wird (vgl. oben Not. 2. a.); indem entweder ein Nichtvorhandenſeyn des Willens wegen dem Subjecte mangelnder Fähigkeit oder error, oder eine Mangelhaftigkeit deſſelben, wegen vis oder dolus behauptet wird [28]); ein Fall, der nur bei Willenshandlungen denkbar iſt. Hier ſind die äußeren Handlungen, hinſichtlich welcher die Erklärungen der Partheien übereinſtimmen, durch Geſtändniß zur juriſtiſchen Gewißheit gebracht. Der freie Wille iſt aber geläugnet. Da indeß, wenn die äußeren Handlungen einer Perſon gewiß ſind, die Vermuthung dafür ſtreitet, daß ſie ſie auch gewollt habe, und da nicht zu vermuthen iſt, daß der vorhandene Wille mangelhaft ſey, ſo trifft hier den Läugnenden der Beweis, oder es iſt ihm vielmehr nachzulaſſen, die Vermuthung des Willens durch einen directen Gegenbeweis [28 a]) zu entkräften [29]), oder aufzuerlegen ſeine Behauptung einer Mangelhaftigkeit des Willens darzuthun. Die Entſcheidung, welche das römiſche Recht für dieſen Fall enthält, iſt bereits oben sub I. 1. angeführt.

B. Die Antwort weicht in quantitativen Merkmalen

---

28) Vgl. Linde a. a. O. S. 119 und 120. §. 13. Nr. 2.

28 a) Unfähigkeit und error allein können das Abſeyn des Willens bewirken. (Ueber Unfähigkeit vgl. oben Not. 18). Der Beweis eines Unfähigkeitsgrundes oder eines Grundes des Irrthums (vgl. L. 25. p in f. D. de probatt. (22. 3.) iſt eigentlich ein künſtlicher Beweis des Abſeyns des Willens, gerichtet gegen die Vermuthung für deſſen Daſeyn; er iſt alſo ein directer Gegenbeweis, gegen deſſen Prämiſſe aber wieder ein directer Gegenbeweis zuläſſig iſt.

29) Dieſer Fall, wo gegen die hinzugefügte Limitation eine praesumtio juris ſtreitet, war einer von den Ausnahmsfällen, wo nach der Theorie der älteren Juriſten die confessio qualif. die Beweislaſt nicht auf den Gegner wälzte. Vgl. v. Graffen l. c. §. VIII. XVI. Daß hier eine wahre Ausnahme ſey, beſtreitet Linde a. a. O. S. 89. 90. 118. 119 während Franke a. a. O. S. 55 eine ſolche behauptet.

ab, so daß sie quantitativ weniger oder mehr enthält, als die Behauptung, worauf sie sich bezieht. Hier ist schon nach der Regel: minus majori inest; in Ansehung der in der Behauptung oder der Antwort enthaltenen geringern Quantität, Uebereinstimmung und folglich auch juristische Gewißheit durch Geständniß vorhanden. Denn dem Begriffe nach kann man hier so viele juristische Facta annehmen, als Einheiten vorhanden, und das Quantitative ist schon an sich in seine Einheiten getheilt.

a. Soll ein theilweises Geständniß in der Quantität des Objects (vgl. oben Nr. 2. B. a.) statt finden, so muß sie in einer reinen Zahlengröße bestehen, z. B. in einer Geldsumme (ohne Abweichung in der Qualität der Münze) und nicht im Verhältniß einer Gegenleistung zu einem andern untheilbaren oder nicht verhältnißmäßig getheilten Merkmale des Factums stehen, also ihre Vereinigung nicht Bedingung für die andere Leistung seyn, so daß sie nur dann getheilt werden könnte, wenn auch das andere Object getheilt wäre. Z. B. A. behauptet dem B. ein Haus für 100 verkauft zu haben, B. behauptet, daß ihm für diese Summe das Haus mit Mobilien verkauft sey [30]). In diesem Beispiele würde ein Geständniß des juristischen Factums des Hauskaufs erst dann liegen können, wenn die Partheien mit gegenseitiger Uebereinstimmung auch die Gegenleistung von 100 auf Haus und Mobilien vertheilt hätten. So lange dieß nicht geschehen, ist hier eben so eine Negation des juristischen Factums vorhanden, als wenn der Behauptung eines unbedingten Geschäfts die eines bedingten gegenübergestellt wird. (Vgl. unten sub C.) A. würde also nicht verlangen können, daß die 100 verhältnißmäßig über Haus und Mobilien vertheilt und der Hauskauf für die sich so ergebende Summe als gestanden angenommen werde.

---

30) Ueber dieses viel beleuchtete Beispiel vgl. Gönner a. a. O. S. 405 unten. Linde a. a. O. S. 114.

b. Soll ein theilweises Geständniß in Ansehung der Zahl der Subjecte (vgl. oben Nr. 2. B. b.) statt finden, so kann es nur so sich verhalten, daß eine Parthei die Wirksamkeit des juristischen Factums für eine größere Zahl von Subjecten behauptet, als die andere Parthei zugesteht. Z. B. A. und B. behaupten beide mit dem C. ein Geschäft geschlossen, dieser räumt nur ein, mit dem A. contrahirt zu haben. Hier ist das Geschäft zwischen A. und C. juristisch gewiß, nicht aber das zwischen B. und C. Insofern das juristische Factum hier in Beziehung auf die Gegenparthei geläugnet, in Beziehung auf eine Person, welche nicht Parthei ist, aber eingeräumt wird, steht dieses Geständniß freilich dem gänzlichen Abläugnen gleich [31]). Allein unter Umständen kann es dennoch von Einfluß seyn, wie eine Entscheidung des canonischen Rechts [32]) beweiset. Diese Entscheidung, welche man auch wohl für die Untheilbarkeit des Geständnisses angeführt hat, betrifft im Wesentlichen folgenden Fall: ein Erzbischof klagt über einen Erzdiacon seiner Diöces wegen der bischöflichen Rechte der institutio und der custodia ecclesiarum vacantium, welche letzterer sich zueignet, und behauptet, daß geschehene Verleihungen dieser Rechte an frühere Erzdiaconen nur diesen persönlich geschehen seyen; der Erzdiacon behauptet dagegen, daß diese Verleihung dem Erzdiaconate geschehen, also eine reale für alle Nachfolger in diesem Amte geltende sey, und beruft sich auf den bei dem Erzdiaconate befindlichen Besitzstand und die ihm ohne Vorbehalt geschehene Verleihung des Erzdiaconats. Die Entscheidung lautet dahin: daß der Erzdiacon im Besitze zu schützen, bis der Erzbischof beweise, daß diese Verleihungen nur persönliche gewesen. Das Motiv der Entscheidung wird dahin angegeben: daß, wenn die

31) Hier tritt der Fall ein, wo man in der Praxis wohl von einer Einrede des unrechten Klägers oder Beklagten redet. Eigentlich ist hier die Individualität des juristischen Factums streitig.

32) c. 6 X de institt. (3. 7.)

früheren Verleihungen nur persönliche gewesen, der Erzbischof befugt gewesen sey, jene Rechte vor, bei, oder nach der Verleihung des Erzdiaconats an den jetzigen Beklagten zu retiniren. — Erwägt man nun, daß der Beklagte wegen des Besitzes an sich hier nicht geschützt werden konnte, weil das Recht des Klägers durch das kirchliche jus commune liquide war, daß also ein anderes Moment diesen Schutz des Besitzes hervorrufen mußte, so kann man dieses der Sachlage nach nur darin finden, daß so viel gewiß war, daß den früheren Erzdiaconen Verleihungen geschehen und also der Erzdiaconat gegen das kirchliche jus commune rechtmäßig in den Besitz gekommen war [33]). Diese Gewißheit konnte nach dem Inhalte der Stelle nur durch das Geständniß erbracht seyn und dieß setzt eine Theilung der Erklärungen der Partheien voraus, indem das Uebereinstimmende in denselben, die Verleihung an frühere Erzdiaconen, als eingestanden angenommen, die Erklärungen über den Umfang dieser Verleihungen aber als juristisch ungewiß betrachtet wurden. Nur die juristische Gewißheit der Verleihung konnte die Begründetheit des erzbischöflichen Anspruchs vernichten und so den Schutz des Besitzes des Erzdiaconats und das Fallen der Beweislast auf den Kläger herbeiführen [34]). Freilich war von Seiten des Erzbischofs ein juristisches Factum behauptet, welches seiner Individualität nach von demjenigen verschieden war, welches der Erzdiacon aufstellte, indem jener

33) Auch die älteren Canonisten bemerken hier, daß der Besitz geschützt werden müsse ex titulo apparenti, licet non concludenti. — Vgl. Gonzalez Tellez ad h. l. III. p. 197 not. g ad voc. pass. — finden also den Grund für den Schutz des Besitzes in der eingestandenen Verleihung.

34) Gewiß behandelt man diese Stelle zu oberflächlich, wenn man mit v. Graffen l. c. §. 14. sagt: die persönliche Verleihung sey der Klagegrund (sie war vielmehr replica anticipata, wiewohl keine Replik im eigentlichen Sinne, sondern Einlassung auf die künftige exceptio), dieser sey durch die Behauptung einer realen Verleihung nicht gestanden, folglich zu erweisen.

die Personen der früheren Erzdiaconen, dieser den Erzdiaconat (concessio realis) als beliehenes Subject nannte. Allein dieß war hier des besondern Verhältnisses wegen nur der Form nach der Fall und es involvirte kein relevantes Abläugnen, weil die Verleihung den früheren Erzdiaconen doch ausgemacht in dieser ihrer Eigenschaft (nicht etwa als Privatpersonen [35]) geschehen war; der Erzdiaconat hatte also unzweifelhaft das Recht erlangt, es war nur zweifelhaft, ob für alle Erzdiaconen oder nur für eine beschränkte Zahl. Das beliehene Subject war hier nach der Erklärung beider Partheien identisch, nämlich der Erzdiaconat [36]).

C. Die Antwort weicht in qualitativen Merkmalen ab (vgl. oben Nr. 2. C.); es stehen sich also zwei juristische Facta mit verschiedenen rechtlichen Qualificationen gegenüber.

a. Sind sie der Gattung nach (vgl. Nr. 2. C. a.) verschieden, z. B. behauptet ein Theil einen Kauf, der andere Theil eine Miethe, und sind also auch die rechtlichen Wirkungen von ganz verschiedener Art, so wird niemand eine Uebereinstimmung in den Aeußerungen der Partheien in Beziehung auf das juristische Factum finden wollen [37]).

b. Findet die Abweichung in Merkmalen statt, von denen die Individualität des juristischen Factums abhängt (vgl. Nr. 2. C. b.), so kann eben so wenig von einer Uebereinstimmung die Rede seyn. Die Individualität eines juristischen Factums wird bestimmt durch sein Subject und Ob-

---

35) Wäre dieß behauptet worden, hätte der Fall nach C. b. gehört und ein Abläugnen des juristischen Factums involvirt.

36) Vgl. auch Gonzalez Tellez l. c.

37) Dennoch aber könnte in Ansehung natürlicher Thatsachen ein Geständniß vorhanden seyn, wie in dem Beispiele bei Franke a. a. O. S. 36. 37 wo der ex deposito in Anspruch genommene Beklagte ein commodatum behauptet, den Empfang der Sache aber eingesteht.

ject [38]). Erklären sich die Partheien über diese Merkmale verschieden, und kann nicht nach dem Vorhinausgeführten (Litt. B.) durch Theilung oder Getheiltheit eine theilweise Uebereinstimmung gefunden werden, so kann auch überall kein Geständniß zu Stande gekommen seyn. So z. B. wenn A. als Contrahent gegen B. aus einem Kaufe klagt, welchen dieser nur mit C. abgeschlossen haben will, oder wenn A. behauptet, ein Haus gekauft zu haben, B. dagegen, daß er so viele Materialien gekauft habe, als zu einem solchen gehören [39]).

c. Findet die Abweichung in Merkmalen statt, von welchen die vollendete Existenz des juristischen Factums abhängt, (Nr. 2. C. c.), so wird bei einem einfachen juristischen Factum nie ein Zweifel darüber entstehen, daß dasselbe *als solches* geläugnet sey. Es wird also niemand bestreiten, daß, wenn der Beklagte dem Kläger entgegnet: ich habe zwar promittirt, du hast aber nicht acceptirt; die Existenz eines Vertrages *durchaus* ungewiß sey. Nicht für alle Fälle unbestritten aber ist dieser Punkt in Ansehung eines *zusammengesetzten* juristischen Factums. Hier läßt sich eine zweifache Abweichung denken, nämlich: α) in Ansehung der Frage: ob das Factum ein zusammengesetztes sey, also noch eines vollendenden Moments zur Hervorbringung der in Rede stehenden rechtlichen Wirkungen bedürfe? und β) in Ansehung der Frage: ob dieses vollendende Moment vorhanden sey? Der erstere Fall ist hier zu betrachten, der letztere sub Nr. 2. Denn im erstern Falle betrifft der Streit, auch abgesehen davon, daß es noch ungewiß ist, ob das Factum ein zusammengesetztes sey, doch nur das begründende Mo-

38) Unter Umständen freilich auch durch andere Merkmale, z. B. die Zeit, den Ort, bei accessorischen Rechten durch ihr Hauptrecht. Diese sonstigen Merkmale, welche sich nicht erschöpfend angeben lassen, kommen erst in Betracht, wenn im Subject und Object Uebereinstimmung vorhanden ist.

39) Vgl. L. 23. D. de usurpat. et usucap. (41. 3.)

ment und dieß ist, für sich allein betrachtet, nur ein einfaches juristisches Factum.

Bei abweichender Erklärung der Partheien über die Frage: ob das in Rede stehende juristische Factum ein zusammengesetztes sey, oder nicht? gehört dann, wenn dasselbe seiner rechtlichen Natur nach ein solches ist oder seyn soll, der Fall nach Litt. a.: denn hier müssen die Erklärungen etwas der Gattung nach Verschiedenes enthalten, z. B. wenn A. einen Kauf behauptet, B. das Versprechen einer Gegenleistung bestreitet, so wird in der Erklärung des letztern nur die Behauptung einer Schenkung gefunden werden können. Nur der Fall gehört hierher, wo durch Willkühr der Partheien, ohne das Factum der Gattung nach zu verändern, dasselbe durch die Nebenberedung des dies oder der conditio suspensiva zu einem zusammengesetzten modificirt seyn soll, von dem andern Theile aber diese Modification in Abrede gestellt wird.

Zu bemerken ist zuvörderst, daß der dies certus hier dem dies incertus und der Suspensiv-Bedingung gleich steht, so wie, daß es gleich ist, ob sie für die Existenz des Rechtsverhältnisses, oder für den Eintritt der Wirkungen desselben, hinzugefügt sind. Denn die Suspensiv-Bedingung und der dies incertus unterscheiden sich zwar von dem dies certus darin, daß sie es ungewiß machen, ob das Recht oder dessen Wirkungen jemals existiren werden; allein die Abhängigkeit des Rechts, oder des Eintritts der rechtlichen Wirkungen, von der Nebenberedung findet sich auch bei dem dies certus; er hat eben so, wie jene (im weitern Sinne des Worts, nämlich abgesehen von der Ungewißheit) eine bedingende Wirkung. Eben so gilt es gleich, ob das bedingende Moment für die Existenz des Rechts an sich, oder für dessen Ausübung, wirken soll, weil dieß nur auf die Frage influiren würde: ob dasselbe überall in Betracht komme, oder nicht? deren Beantwortung davon abhängig seyn würde, ob bloß die Exi-

stenz des Rechts, oder auch dessen Ausübung in Rede stehe; eine Frage, die uns hier nicht weiter interessirt [40]).

In diesem Falle nun liegt die Abweichung der Erklärung der Partheien darin, daß der eine Theil ein juristisches Factum mit sofort, der andere Theil ein sonst zwar gleiches Factum, jedoch mit nicht eingetretenen rechtlichen Wirkungen, behauptet, weil nämlich dasselbe eine Qualification habe, die den Eintritt der letzteren überall oder bis jetzt noch hindere. Wenn nun jedes juristische Factum nur seiner rechtlichen Wirkungen wegen vorhanden ist und seine Bedeutung wiederum durch diese bestimmt wird (vgl. Not. 8), so scheint es klar zu seyn, daß jene beiden Erklärungen wesentlich verschiedene juristische Facta zum Gegenstande haben, die eine ein vollendetes, die andere ein unvollendetes, also nicht übereinstimmen. Es herrscht hier, wo die beiden Erklärungen juristische Facta von verschiedenen Classen (resp. der zusammengesetzten und der einfachen Facta) enthalten, eben so wenig Uebereinstimmung, als wenn sie in der Gattung derselben abweichen. — In der nachfolgenden Erörterung wird nur von der Abweichung über die Hinzufügung einer Suspensiv-Bedingung die Rede seyn, da dasjenige, was von ihr gesagt werden wird, in Gemäßheit des Angeführten auch auf den dies anzuwenden ist.

Dieser Fall ist derjenige, von welchem zu Anfang des §. bemerkt worden, daß man mit der Regel: das qualificirte Geständniß enthält entweder ein Geständniß mit einer Einrede, oder ein theilweises Geständniß und ein theilweises

40) Der dies certus ad quem für die Ausübung eines Rechts ist übrigens für unsere Frage als negatives bedingendes Moment für diese Ausübung aufzufassen, ein solcher dies für die Existenz des Rechts als resolvirendes pactum mit einer Zeitbestimmung. Soll indeß der erstere Gesichtspunkt im ersteren Falle eintreten, so muß neben dem Aufgehobenseyn der Ausübung, das Recht selber fortdauern, was sich nur denken läßt, wenn die Ausübung nicht auf immer aufgehoben ist (z. B. bei Ausübung von Zeit zu Zeit).

Abläugnen, und ist nach den allgemeinen Regeln von der Beweislast zu beurtheilen; nicht ausreicht. — In unserm Falle nämlich wird man in Verlegenheit kommen, die Vorfrage für die Anwendung der allgemeinen Regeln über die Beweislast: ob theilweise geläugnet, oder ob eine Einrede aufgestellt sey? zu entscheiden. Denn wenn jemand auf ein unbedingtes juristisches Factum einen rechtlichen Anspruch baut, so enthält sein juristisches Factum weniger natürliche Thatsachen, als das bedingte juristische Factum, welches sein Gegner aufstellt. Wie dieser nnn auch seine Erklärung einkleiden mag, immer enthält sie eine Behauptung natürlicher [41]) Thatsachen, welche in Beziehung auf das in Rede stehende juristische Factum eine rechtliche Wirkung erzeugen sollen; er mag nun sagen: ich läugne, daß das Geschäft ein unbedingtes war; oder: ich behaupte, daß eine Bedingung hinzugefügt worden. — Sieht man aber auf die juristische Qualification, so enthält das bedingte Factum weniger als das unbedingte; und will man in der Aufstellung von jenem ein Geständniß für dieses finden, so kann dasselbe, von dieser Seite der juristischen Qualification betrachtet, nur ein theilweises, mit einer theilweisen Negation verbundenes seyn [42]), nämlich so, daß das Factum

41) Denn abgesehen von einer Vereinigung mit einem rechtlichen Geschäfte ist die Beredung einer Bedingung nur natürliche Thatsache. Das Geschäft und seine Bedingung können juristisch nie als zwei Thatsachen erscheinen. Daher ist es auch unrichtig anzunehmen, daß das juristische Factum zugegeben, aber seine Unbedingtheit geläugnet sey.

42) Eine Negation findet hier auch Franke a. a. O. S. 43. 44. Dann kann man aber nicht sagen, daß das Geständniß theilbar sey, wie Franke a. a. O. S. 60. Denn Theilbarkeit des Geständnisses müßte hier die Folge haben, daß das unbedingte juristische Factum ganz eingestanden wäre und die behauptete Bedingung als Einrede erscheine; weil ja nach Absonderung der Bedingung ein negotium purum bliebe. So versteht man wenigstens gewöhnlich diese Theilung.

gestanden, die Unbedingtheit aber geläugnet erscheint (vgl. oben Not. 41). — Je nachdem man nun jene oder diese Seite auffaßt, findet man hier eine Einrede oder eine Negation. Schon die Glosse [43]) faßt die Sache von beiden Seiten auf, wiewohl ihre Gründe andere als die bisher genannten sind. Sie stellt einerseits die Ansicht auf, daß der Beklagte, welcher ein bedingtes Geschäft behaupte, zweierlei sage: daß das Geschäft geschlossen und daß eine Bedingung hinzugefügt sey; ersteres sey gegen ihn [44]) und also gestanden, letzteres sey eine ihm günstige und also von ihm zu beweisende Behauptung. Andererseits nimmt sie auch wiederum an, daß die „puritas negotii" hier als geläugnet betrachtet werden könne. Sie entscheidet sich aber für keine Ansicht mit Bestimmtheit, und beide einander entgegengesetzten Ansichten sind noch bis auf die neueren Zeiten vertheidigt worden.

Nach unserer bisherigen Erörterung sind wir nun zu dem Resultate gelangt, daß über das juristische Factum hier durchaus keine Uebereinstimmung vorhanden, es also in jeder Hinsicht ungewiß sey: denn eine Theilung der Behauptung des bedingten juristischen Factums würde derselben eine in ihr nicht enthaltene Bedeutung beilegen. Der Gegner muß also das von ihm behauptete unbedingte juristische Factum seinem ganzen Umfange nach erweisen. — Von Vielen wird indeß die Regel aufgestellt, daß er nur das Abseyn der Bedingung zu erweisen brauche [45]), und diese Regel, welche, von der richtigen Seite aufgefaßt, ebenfalls wahr ist, bedarf einer näheren Betrachtung.

---

43) ad leg. 9. Cod. de except. (8, 36.)

44) Gründet man die Wirkung eines Geständnisses auf seine Glaubwürdigkeit, weil es dem Erklärenden nachtheilig ist, so muß man freilich zu diesem Resultate gelangen.

45) Vgl. v. Graffen l. c. §. IX. XVII. Linde a. a. O. S. 92 Not. 9. S. 116—119. — Dieser Beweis ist derjenige, welchen Sibeth a. a. O. als den des Nurseyns bezeichnet.

Es iſt ſchon vorhin bemerkt worden, daß wenn die Partheien ſich bloß über natürliche Thatſachen ausſprechen, die rechtliche Qualification derſelben alſo nicht berückſichtigen, einer Sonderung des in ihren Vorträgen Uebereinſtimmenden von dem Nichtübereinſtimmenden kein Grund entgegenſtehe, ſobald nur nicht gegen allgemeine Interpretationsregeln verſtoßen werde, weil ja von der rechtlichen Qualification der Thatſachen noch gar nicht die Rede ſey, dieſe alſo auch durch eine ſolche Sonderung nicht afficirt werde. — In unſerm Verfahren ſind nun die Vorträge der Partheien in der Regel aus natürlichen und juriſtiſchen Thatſachen gemiſcht [46]), dergeſtalt, daß die Partheien ſich nicht bloß über dieſe, ſondern auch über jene, inſofern ſie die Grundlage dieſer bilden, ausſprechen. Es kann daher der Fall eintreten, daß die Partheien über das juriſtiſche Factum gar nicht, über die demſelben zum Grunde liegenden Thatſachen aber gänzlich oder theilweiſe übereinſtimmen [47]). Z. B. der Kläger behauptet:

---

46) Dieß war im römiſchen Prozeſſe, ſo lange es noch eine Trennung zwiſchen jus und judicium gab, wenigſtens bei der Verhandlung in jure nicht der Fall, wo es nur auf die juriſtiſchen Thatſachen ankam. Hier mußte entweder ein ganzes juriſtiſches Factum eingeſtanden ſeyn, oder es war gar keine confessio in jure vorhanden, (vgl. §. 4. Not. 8) und es mußte noch das judicium eintreten. Eine confessio qualificata konnte alſo nie eine confessio in jure ſeyn (A. M. Franke a. a. O. S. 10) und da das römiſche Recht nur dieſe erſchöpfend behandelt, und bei der confessio in judicio wohl das richterliche Ermeſſen walten ließ (vgl. §. 4. Not. 59), ſo erklärt es ſich daraus, daß das römiſche Recht ſo wenig Beſtimmungen über die confessio qualificata aufzuweiſen hat. Linde a. a. O. S. 88 Not. 1 findet den Grund in dem praktiſchen Sinne der römiſchen Juriſten, welche in ſolchen Geſtändniſſen keine Schwierigkeiten fanden.

47) Iſt ſo in Anſehung des juriſtiſchen Factums kein Geſtändniß und Untheilbarkeit, in Anſehung des natürlichen Factums theilweiſes Geſtändniß und Theilbarkeit vorhanden, ſo konnte Böhmer l. c. ohne Widerſpruch ſagen: „neque enim status controversiae in promissione se fundat, sed in eo, an pure promiserit, quae hic connexa sunt & ideo haud dividenda.“

der Beklagte habe ſich dahin gegen ihn geäußert, daß er ihm den Sclaven geben wollte, er habe ihm alſo den Sclaven geſchenkt; der Beklagte antwortet: er habe ſich gegen den Kläger dahin geäußert, er wolle ihm den Sclaven Stichus geben, wenn die Sonne einmal im Weſten aufgehen werde, er habe ihm alſo den Sclaven nicht geſchenkt [48]). Wenn nun im Falle dieſes Beiſpiels der Kläger beweiſet, es ſey dieſe vom Beklagten behauptete Bedingung von dieſem nicht hinzugefügt worden, ſo iſt das von ihm vorgetragene natürliche Factum von dem Zuſatze des Beklagten gereinigt, und die rechtliche Beurtheilung muß nun das vom Kläger behauptete juriſtiſche Factum der unbedingten Schenkung (vorausgeſetzt natürlich, daß es an ſonſtigen Erforderniſſen nicht fehle) darin finden. Es iſt alſo richtig, daß, wenn die zu dem unbedingten juriſtiſchen Factum erforderlichen natürlichen Thatſachen geſtanden ſind, der Kläger nur das Abſeyn der Bedingung zu beweiſen braucht.

Es entſteht aber noch die Frage: welchen Umfang jener negative Beweis haben müſſe? ob er dahin gehen müſſe, daß überall und zu irgend einer Zeit keine Bedingung hinzugefügt worden? oder ob es genüge, wenn ſo viel erwieſen worden, daß das juriſtiſche Factum zu irgend einer Zeit ohne Bedingung zur Vollendung gekommen ſey? Letzteres muß genügen, weil zum Beweiſe eines rechtlichen Anſpruchs nicht mehr erforderlich iſt, als was zu ſeiner Entſtehung

und: „Plura saepe reus confitetur in lite contestata, sed quia potiora adhuc negat, quae statum controversiae primario respiciunt, nihilominus actori probatio injungitur sub formula: Dieweil Beklagter ſich auf die Klage eingelaſſen, und derſelbe nicht allenthalben geſtändig, ſo iſt der Kläger der Grund der Klage, und ſo viel ihm daran u. ſ. w". Vgl. übrigens v. Graffen l. c. §. VI. Linde a. a. O. S. 91.

48) Dieſes Beiſpiel einer unmöglichen Suspenſiv-Bedingung macht wohl den directen Gegenſatz zwiſchen einem bedingten und einem unbedingten juriſtiſchen Factum in der Kürze am anſchaulichſten und zeigt, daß beide juriſtiſch auf keine Weiſe mit einander übereinſtimmen, eben ſo wenig als Ja und Nein.

gehört (vgl. oben Not. 8); nicht aber auch, daß er nachher nicht wieder aufgehoben sey, wogegen anerkannt die Vermuthung streitet. — Selten wird aber dieser Beweis auf nichtkünstlichem Wege erbracht werden können. Denn wenn man nicht etwa die Eidesdelation oder (nachheriges) gerichtliches Geständniß mit einschließt, so ließe sich derselbe nur denken, wenn eine Urkunde die Nichthinzufügung einer Bedingung direct und ausdrücklich enthielte [49]; oder der seltene Fall einträte, daß dieselbe durch eine direct darauf gerichtete Zeugenaussage hergestellt würde, was nur möglich wäre, wenn die Zeugen während der ganzen Dauer [50] der Entstehung des juristischen Factums alle Handlungen der Partheien beobachtet hätten: denn gewöhnlich werden sie nur ihre Nichtwahrnehmung der Hinzufügung deponiren können. Vom außergerichtlichen Geständnisse abgesehen (Not. 50), kann nun dieser Beweis auf künstlichem Wege dadurch geführt werden, daß die zu dem unbedingten juristischen Factum erforderlichen Thatsachen allein erwiesen werden; also wenn die über das Geschäft verfaßte Urkunde keine Bedingung enthält, oder wenn Zeugen aussagen, daß vor ihnen alle diejenigen Handlungen geschehen seyen, welche zur Vollendung des Geschäfts gehören und nicht zugleich aus ihren Aussagen hervorgeht, daß neben denselben bis zu dieser Vollendung eine Bedingung hinzugefügt worden [51]. Dieser positive Beweis der Vollendung des juristischen Factums und der Existenz seiner Wirkungen, bildet die Prämisse

49) Ein mündliches außergerichtliches Geständniß würde nur Prämisse für einen künstlichen Beweis seyn können. Vgl. §. 3. Not. 3.

50) Dieß zu ermitteln würde besonders in Ansehung des Anfangs schwierig seyn, z. B. wenn die Partheien zuerst eine Bedingung für das abzuschließende Geschäft, in Abwesenheit der Zeugen festgesetzt und nun dasselbe in Anwesenheit derselben geschlossen und der Bedingung nicht weiter erwähnt hätten.

51) Dahin scheint im wesentlichen auch die Meinung von Linde a. a. O. S. 118 zu gehen, wiewohl er dieß nicht Beweis des Nichtdaseyns der Bedingung nennen will.

für den negativen Beweis der Nichtvollendung deſſelben und der Nichteriſtenz dieſer Wirkungen, folglich auch für den des Nichtvorhandenſeyns einer das Daſeyn dieſer Umſtände hindernden Bedingung: denn jeder poſitive Beweis enthält die Negation des Gegentheils [52]); ein Grundſatz, ohne welchen es überall keinen Beweis geben kann. — Daher kann man zu dieſem künſtlichen Beweiſe es auch keineswegs für nöthig erachten, daß die Urkunde ausdrücklich ſage, daß das Geſchäft ohne Bedingung abgeſchloſſen ſey [53]); eben ſo wenig kann man hier fordern, daß die Zeugen ſich ausdrücklich über das Nichthinzugefügtſeyn einer Bedingung erklären [54]). Man kann dieß eben ſo wenig fordern, als man zur Vollſtändigkeit einer Klage aus einem unbedingten Geſchäfte die ausdrückliche Anführung, daß keine Bedingung hinzugefügt ſey, nothwendig erachten darf: denn in der Aufſtellung eines juriſtiſchen Factums ohne Bedingung liegt ſchon die Negation, daß eine ſolche hinzugefügt worden.

Der Kläger führt alſo hier den künſtlichen Beweis der

52) Vgl. Gönner a. a. O. S. 405. Linde a. a. O. S. 118 Not. 55.

53) Vgl. c. 10 X. de fide instrumentor: (2. 22.). Hier war die Unbedingtheit des Geſchäfts beſtritten; das Inſtrument darüber ſchwieg ſeinem ganzen Inhalte nach über die Hinzufügung einer Bedingung (...„& infra (β). Sed licet tabellio venditionem puram exstitisse firmavit, prout in serie instrumenti continetur“...), die Parthei, welche ſich auf das Abſeyn der conditio berief, verſuchte es auch noch durch das Zeugniß des tabellio und Eines der Inſtrumentszeugen darzuthun (was gewiß nicht geſchehen ſeyn würde, wenn das Inſtrument ausdrücklich und direct geſagt hätte, es ſey keine Bedingung hinzugefügt), was ihr aber nicht gelang, da der tabellio dieß nicht mehr zu erinnern erklärte. Dennoch aber war von ihrer Seite Beweis der Unbedingtheit erbracht, der alſo nur durch das Inſtrument hergeſtellt ſeyn konnte; ihr Gegner mußte den Beweis der Hinzufügung der conditio führen.

54) Man kann alſo zur Vollſtändigkeit der Beweis-Artikel nicht nöthig erachten, daß auch dieſer aufgeſtellt werde: Wahr, daß keine Bedingung hinzugefügt worden? oder wahr, daß Zeuge indeſſen wahrgenommen, daß eine Bedingung hinzugefügt worden? Jedoch dürfte es immer räthlich ſeyn, dieß zu thun.

Nichtexistenz einer Bedingung mittelst des Beweises derselben natürlichen Thatsachen, welche durch das qualificirte Geständniß bereits zur juristischen Gewißheit gebracht sind. Dieser Umstand könnte nun folgende Einwürfe gegen das bisher Gesagte nach sich ziehen.

α. Man könnte fragen: wozu dieser Beweis noch nöthig sey, wenn die zu erweisenden und als Prämisse dienenden natürlichen Thatsachen schon durch das Geständniß gewiß seyen? — Die Nothwendigkeit dieses Beweises erklärt sich daraus, daß, wenn auch jene natürlichen Thatsachen durch das Geständniß gewiß sind, dennoch nicht von ihnen auf das Gegentheil desjenigen geschlossen [54a] werden darf, was in eben diesem Geständnisse behauptet ist. Denn ist in Ansehung dieser natürlichen Thatsachen auch eine Trennung des Gewissen vom Ungewissen erlaubt, so kann diese Trennung doch nicht berechtigen, von dem Gewissen auf das Gegentheil des in Verbindung damit behaupteten Ungewissen zu schließen: denn dieß würde mehr seyn als Trennung, es würde die Annahme des Gegentheils von demjenigen seyn, was der Gestehende geäußert hat.

β. Es könnte ferner der Satz aufgestellt werden: wenn

---

54 a) Hier, wo in Ansehung der natürlichen Thatsachen theilweise, in Ansehung der juristischen Thatsachen gar keine Uebereinstimmung herrscht, ist der Fall anders, als wenn die äußere Seite der juristischen Thatsache zugegeben und nur die innere Seite derselben geläugnet ist. Denn im letztern Falle hat der Gestehende aus seinem Geständnisse eine s. g. Rechtsvermuthung gegen sich (vgl. oben nach Not. 27.), bei welcher es nicht darauf ankommen kann, ob er den Inhalt seines Geständnisses als Prämisse für sie gelten zu lassen beabsichtigt, oder nicht. Diesem steht der Fall gleich, wo für eine Voraussetzung der Rechtsbeständigkeit eines gestandenen juristischen Factums eine Rechtsvermuthung streitet (vgl. oben Not. 18). Im erstern Falle, in dem des Textes, dahingegen fehlt eine solche Rechtsvermuthung, und Alles, was als gewiß betrachtet werden soll, muß auch in dem ausdrücklich an den Tag gelegten Willen des Gestehenden, es zu erklären, begründet werden können.

nun dennoch, ungeachtet der behaupteten juriſtiſchen Gewißheit jener natürlichen Thatſachen durch Geſtändniß, dieſelben bewieſen werden müßten, ſo ſey es eben ſo gut, als ob gar nichts eingeſtanden ſey; man ſage alſo richtiger: die Erklärung gelte gar nicht als Geſtändniß und der Kläger müſſe das behauptete Factum in ſeinem ganzen Umfange erweiſen. Dieß iſt aber nur Gleichheit im Reſultat, und ſie tritt nur dann ein, wenn das Abſeyn der Bedingung durch einen ſolchen künſtlichen Beweis erbracht werden ſoll, deſſen Prämiſſe durch eine über das Geſchäft ſelber verfaßte Urkunde, oder durch bei demſelben gegenwärtig geweſene Zeugen, hergeſtellt wird. Sie tritt aber nicht ein: wenn ein künſtlicher Beweis durch außergerichtliches Geſtändniß geführt wird, wenn der Fall eintreten ſollte, daß ein nichtkünſtlicher Beweis durch Zeugen oder Urkunden geführt werden könnte, wenn das Nichtvorhandenſeyn der Bedingung durch Eid zur Gewißheit gebracht werden ſoll, und wenn hernach noch ein gerichtliches Geſtändniß über den zweifelhaften Punkt erlangt wird.

Gegen dieſen Beweis des Nichtvorhandenſeyns der Bedingung muß dem Beklagten der Beweis des Vorhandenſeyns einer ſolchen nachgelaſſen werden. Dieß iſt dann ein directer Gegenbeweis [55]; aber keineswegs ein indirecter [56].

Das bisher Geſagte gilt nur von dem Falle, wenn die Bedingung vor Vollendung des juriſtiſchen Factums hinzugefügt ſeyn ſoll (vgl. oben vor Not. 39). Denn iſt zugegeben oder erwieſen, daß das Factum einmal ohne die Bedingung zu Stande gekommen, die rechtliche Wirkung desſelben alſo ganz zur Exiſtenz gekommen ſey; ſo iſt die Be-

55) Dem Reſultate nach ſtimmen damit überein die Anſichten von Danz a. a. O. §. 297. Not. d. Weber a. a. O. S. 331. Schneider a. a. O. § 94. a. E.

56) Ein indirecter Gegenbeweis würde darin liegen nach den Anſichten von Claproth a. a. O §. 211; welche von Weber a. a. O. widerlegt werden.

hauptung der nachherigen Hinzufügung einer Bedingung nichts als eine Behauptung einer nachherigen Abänderung des juriſtiſchen Factums durch Vertrag, alſo eine exceptio pacti conventi [57]). Es tritt demnach hier ganz daſſelbe ein, was vorhin von dem Falle geſagt worden, wo ein vollkommenes Eingeſtändniß neben einer wahren Einrede vorliegt. (Nr. II. 2.)

2. Steht es feſt, daß das in Rede ſtehende Factum ein zuſammengeſetztes iſt; iſt alſo der vorhin sub Nr. 1. C. c. erörterte Punkt nicht fraglich; ſo können die Erklärungen der Partheien noch über die Frage abweichen: ob das vollendende Moment zur Exiſtenz gekommen ſey? z. B. wenn der Beklagte läugnet, daß die dem zwiſchen ihm und dem Kläger abgeſchloſſenen Geſchäfte hinzugefügte Bedingung erfüllt ſey [58]). Hier leidet es kein Bedenken, das Geſtändniß dergeſtalt zu theilen, oder vielmehr als in ſich getheilt zu betrachten, daß der Abſchluß des bedingten Geſchäfts, oder die Exiſtenz des begründenden Moments, als zugegeben angenommen, die Erfüllung aber als geläugnet betrachtet und

57) Daher hatten die älteren Juriſten nicht Unrecht, wenn ſie zu einem caput connexum die gleichzeitige Entſtehung forderten, wiewohl v. Graffen l. c. §. IV. den Grund darin ſucht: „cum ea, quae factum ipsum qua tale, respiciunt, ut plurimum eodem tempore, quae vero ad ejus implementum vel executionem pertinent, diverso tempore intervenire soleant“. — Auch die Gloſſe ad Leg. 9. C. de except. (8. 36.) unterſcheidet ſchon die conditio, welche in ipsa actionis nativitate hinzugefügt iſt und exceptio pacti, vel similis quae nascitur post nativitatem primae actionis.

58) Vgl. auch Franke a. a. O. S. 48. — Hätte der Kläger hier unterlaſſen, die Erfüllung der Bedingung oder der ſeinſeitigen Leiſtung zu behaupten, ſo würde das Läugnen der Erfüllung nach Danz a. a. O. §. 155. eine verneinende Einrede ſeyn (ſ. g. exceptio non adimpleti contractus und nondum purificatae conditionis). Daß es unrichtig ſey, dieß eine Einrede zu nennen, hat bereits nachgewieſen Gönner a. a O. II. Abh. 34. S. 205. fgg. Vgl. auch Morſtadt, Mat. Crit. No. 63. S. 262 fgg.

dem Kläger der Beweis derselben auferlegt wird. Denn da das streitige Daseyn des anerkannt erforderlichen vollendenden Moments auf die rechtliche Qualification des juristischen Factums nicht influirt und von demselben durch die Verschiedenheit der rechtlichen Wirkungen (des Begründens und des Vollendens) gesondert ist, so wird durch die Annahme jenes theilweisen Läugnens und theilweisen Gestehens der Antwort eben so wenig ein anderer Sinn untergelegt, als wenn sie zwei verschiedene juristische Facta umfaßte (vgl. Nr. I. 1).

Eine besondere Erwähnung verdient aber noch die qualificirte Antwort über die behauptete Existenz des vollendenden Moments oder die s. g. exceptio non *rite* adimpleti contractus [58a] [59] und nondum, oder hier non rite, purificatae conditionis [60]. Diese s. g. exceptio [61] ist nun durch-

---

58a) Als wahre Einrede betrachten sie z. B. Heerwart in diesem Archiv Bd. VII. S. 385 fgg. Bd. XIV. S. 207 fgg. Bd. XVII. S. 387 fgg. J. Volkmann de except. non adimpleti contractus. Lips. 1829. Hefftter in den Zusätzen zu Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 287. — Als ein Abläugnen eines Theils des Klagegrundes wird sie angesehen z. B. von Pufendorf T. II. obs. 163. Glück Erläuterung ꝛc. Theil XVII. S. 229. Weber von der Verbindlichkeit zur Beweisführung VI. §. 27. S. 127 in der Hefftter'schen Ausgabe S. 184. Gönner Handbuch II. Abh. 34. §. 2. Schenk in diesem Archiv Bd. XVII. S. 93 fgg. S. 242 fgg., insbesondere §. 7.; — und in Ansehung des heutigen Verfahrens auch Lange, die Einrede des nicht erfüllten Contracts. Regensburg 1829. — Vgl. auch oben Not. 10 a.

59) Gewöhnlich betrachtet man sie als wahre Einrede z. B Thibaut, Syst. d. P. R. §. 169. S. über dieselbe Heerwart a. a. O. Bd. VII. dieses Archivs S. 335 fgg. II. III.

60) Es muß jedenfalls genügen, wenn der Kläger in der Klage behauptet erfüllt zu haben; daß er gehörig erfüllt habe, würde darin liegen. Die Behauptung der nicht gehörigen Erfüllung würde also dann nicht unter die verneinenden Einreden nach der Theorie von Danz fallen? Vgl. Not. 58.

61) Der s. g. exceptio nondum adimpleti contractus und non pu-

aus nach den Regeln, welche vorhin sub Nr. I. C. c. angegeben ſind, zu beurtheilen. Denn eine nicht gehörig geſchehene Erfüllung ist eben ſo wenig eine Erfüllung [61 a]), als ein bedingtes Geſchäft ein unbedingtes iſt. Das juriſtiſche Moment der Erfüllung iſt durchaus geläugnet. Die Grundlage deſſelben bilden aber wiederum natürliche Facta, und in Anſehung dieſer kann allerdings durch jenes qualificirte Geſtändniß juriſtiſche Gewißheit entſtanden ſeyn, wenn es ſich mit auf ſolche erſtreckt. Z. B. der Kläger behauptet dem Beklagten 10 Laſt Getreide nach Probe geliefert und ſomit ſeinerſeits den Contract erfüllt zu haben; der Beklagte dagegen behauptet, daß die gelieferten 10 Laſt Getreide nicht nach Probe geweſen, der Kläger alſo den Contrat nicht erfüllt habe. Hier iſt jedenfalls die Lieferung von 10 Laſt Getreide zur juriſtiſchen Gewißheit gebracht und dem Kläger liegt nur noch der Beweis ob, daß ſie nach der Probe gewe-

---

rificatae conditionis ſteht der Einwand gleich, daß der dies ex quo (ſ. g. exceptio pluris petitionis ratione temporis) oder der für die Ausübung (vgl. Not. 40) hinzugefügte dies ad quem reſp. nicht eingetreten oder verſtrichen ſey. Allein hier ſchließt die Liquidität jeden Zweifel aus, und ein Einwand, welcher derſ. g. exceptio non rite adimpleti contractus oder purificatae conditionis entſpräche, iſt in Anſehung dieſes dies nicht denkbar.

61 a) Wenn der Gegenſtand der Leiſtung eine species iſt, ſo kann nur entweder geläugnet ſeyn: daß die bedungene species geliefert; oder: daß ſie die gehörige Beſchaffenheit gehabt. Im erſtern Falle liegt erſichtlich eine ſ. g. exceptio non (nicht non rite) impleti contractus vor; im letztern Falle werden nur Anſprüche wegen verſprochener Eigenſchaften und heimlicher Mängel excipiendo geltend gemacht (S. darüber Heerwart a. a. O. Bd. VII. S. 335 fgg. III., was ebenfalls nicht als eine beſondere exceptio non rite adimpleti contractus betrachtet werden kann. Denn es iſt ja geleiſtet, was geleiſtet werden ſollte und konnte, und es kann nicht eine andere Erfüllung, ſondern nur entweder Entſchädigung gefordert werden, welche ſich hier als eine Gegenforderung darſtellt, oder Reſciſſion des ganzen Geſchäfts; die exceptio non rite adimpleti contractus hat aber doch den Sinn: Du haſt nicht recht erfüllt, erfülle erſt recht, dann will auch ich erfüllen; was hier in keinem Falle paßt.

ſen, für welchen Beweis eine von Seiten des Beklagten nach geſchehener Prüfung und ohne geäußerte Mißbilligung erfolgte Empfangnahme ein wichtiges Moment bilden würde [62]). Anders aber ſtellt ſich das Verhältniß auch hier dann, wenn zugegeben wird, daß die Erfüllung einmal gehörig geſchehen ſey, allein ein nachher eingetretener Umſtand einen Mangel in derſelben herbeigeführt habe. Dieß würde aber nie denjenigen Einwand begründen können, welchen man als exceptio non rite adimpleti contractus oder purificatae conditionis zu bezeichnen pflegt. Denn iſt eine conditio einmal erfüllt, ſo läßt ſich nicht denken, daß dieſe Wirkung wieder vernichtet werde. Daſſelbe gilt von der Erfüllung von Gegenleiſtungen. Nur die Eviction macht hier eine ſcheinbare Ausnahme. Wird nämlich dem Käufer die gehörig tradirte Sache evincirt, ſo wird er der Klage des Verkäufers auf den Kaufpreis nicht die exceptio non rite adimpleti contractus [63]), ſondern vielmehr die exceptio compensationis wegen ſeines Anſpruchs auf Evictionsleiſtung entgegenzuſetzen haben; und wo Compenſation wegen Ungleichheit des Gegenſtandes der Gegenleiſtung und der Evictionsleiſtung ausgeſchloſſen iſt, kann durch den Anſpruch auf letztere außer einer Klage oder Widerklage nur eine exceptio doli begründet ſeyn. Denn dasjenige vollendende Moment, von welchem die Verbindlichkeit des Empfängers zur Gegenleiſtung abhän-

---

62) Daß der Beweis damit geführt ſey, kann man nicht behaupten und eine Anwendung der L. 5 § 1. D. de probatt. (22. 3.) iſt hier unzuläſſig, weil eine praesumtio juris für die gehörige Erfüllung nicht ſtreitet. Vgl. Franke a. a. O. S. 46. Allein eine ſtillſchweigende außergerichtliche Anerkennung, und ſomit eine Prämiſſe für eine ſ. g. praesumtio hominis, würde doch in jener Empfangnahme liegen; wenigſtens führt im Handelsverkehr und inſofern von der Beſchaffenheit einer Waare die Rede iſt, die über die Empfangnahme unter Handeltreibenden herrſchende Anſicht dahin. Vgl. auch Stryk l. c. L. XIX. T. I. §. 4. in fine.

63) A. M. Francke a. a. O. S. 49, welcher hier eine eigentliche exceptio non adimpleti contractus annimmt.

gig war, ist bereits durch die geschehene Ueberlieferung des evincirten Gegenstandes eingetreten. Der Vertrag ist also so weit erfüllt, als es erforderlich ist, um den Anspruch des Tradenten auf diese Gegenleistung zu begründen. Von der Erfüllung der zweiten Verbindlichkeit des Tradenten, dafür einzustehen, daß der Empfänger das Tradirte behalte, ist die Verbindlichkeit des letztern zur Gegenleistung nicht abhängig; da sie dann nicht früher eintreten könnte, als bis die rechtliche Unmöglichkeit vorhanden wäre, das Empfangene wieder zu verlieren. Diese Verbindlichkeit begründet also nur im Falle der Eviction eine Regreßforderung, aus welcher nur eine oder die andere der genannten beiden Einreden entspringen kann. — Anders ist es freilich, wenn zur Gültigkeit des Geschäfts gehört, daß der Empfänger Eigenthümer geworden. Hier wäre aber auch noch überall keine Erfüllung vorhanden gewesen.

Das Resultat unserer Erörterung ist nun kurz dieses. Stimmen die Vorträge beider Partheien theilweise mit einander überein und theilweise nicht, so ist insoweit ein Geständniß vorhanden, als die Uebereinstimmung reicht. Es ist also eine Theilung ihrer formell verbundenen Aeußerungen zulässig [64]), sofern nicht einer Parthei dadurch eine Erklärung untergelegt wird, welche nicht von ihr emanirte [65]). Dieß ist nur dann der Fall, wenn gegen allgemeine Inter-

64) Analogien von solchen Vorschriften wie die: daß ein Theilungs-Erkenntniß das ganze Verhältniß umfassen soll (L. 27. D. fam. herc. 10. 2.); oder von Stellen wie L. 4. D. de Leg. (1. 3.) „Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur" können wohl nicht zur Bestreitung der Theilbarkeit veranlassen. — Vgl. Claproth a. a. O §. 217. Not. 6.

65) Dieß würde dann auch nur der Sinn des in dieser Lehre berühmten art. 1356 des Code Napoleon: „L'aveu ne peut être divisé contre celui, qui l'a fait" — seyn, wenn man nachweisen könnte, daß das „contre" hier so viel heiße als „widerrechtlich" zu seinem Nachtheil. Vgl. darüber Franke a. a. O. S. 88 fgg.

pretationsregeln verstoßen, oder wenn von der Erklärung einer Parthei über ein juristisches Factum, oder ein begründendes oder vollendendes juristisches Moment eines solchen, ein Merkmal hinweggenommen wird, von welchem dessen Gattung, Individualität oder vollendete Existenz abhängig ist. Weicht die Erklärung einer Parthei von der ihres Gegners in solchen Merkmalen ab, so ist in Ansehung des juristischen Factums oder des juristischen Moments der genannten Art gar kein Geständniß vorhanden.

Schließlich mögen noch einige Bemerkungen über die von Einigen [66]) aufgestellte Behauptung, daß es nach den Vorschriften des J. R. A. in unserm Prozesse kein qualificirtes Geständniß mehr geben dürfe, hier einen Platz finden. Claproth scheint zu dieser Meinung durch das im J. R. A. § 49. gestattete Positional-Verfahren geführt zu seyn, indem er sich auf diese Vorschrift beruft. Allein daraus folgt nur, daß die eine Parthei, so lange ihr Gegner noch kein qualificirtes Geständniß abgelegt hat (denn ist einmal gestanden, so sind die Positionen ausgeschlossen) die Entstehung eines solchen durch die Stellung von Positionen verhindern kann, indem jeder Satz mit „wahr" oder „nicht wahr" beantwortet, oder als zugestanden angenommen werden soll. Er müßte dann aber, wenn er auch ein materiell qualificirtes Geständniß verhindern wollte, jedes juristische Factum in einem einzigen Satze zusammen fassen; und dieß würde dann die Folge haben müssen, daß statt eines qualificirten Geständnisses ein reines Ablängnen erfolgte. Denn wenn der Kläger so interrogirte: wahr, daß der Handel abgeschlossen? so würde der Beklagte, wenn er nur bedingt zu Stande gekommen, mit Fug läugnen. Denn in dieser Frage liegt die

66) Claproth a. a. O. §. 217. Gensler im A. f. civ. P. I. S. 45. IV. S. 27. Auch Bornemann, über die conf. qualif. im Civilproz. Hanover 1806. S. 33 theilt diese Meinung; vgl. Linde a. a. O. Not. 17.

Verneinung der Bedingung oder die Behauptung der Unbedingtheit, welche nicht zu bejahen ist. — Hätte der Interrogirende aber das Factum zerlegt, so würde ein materiell qualificirtes Geständniß erfolgt seyn müssen [67]). — Eine Verwechslung eines unbestimmten Geständnisses mit einem qualificirten scheint der Grund zu seyn, wenn Gensler sich für die Unzulässigkeit des letztern auf den J. R. A. §. 37 beruft, der dem Beklagten vorschreibt: „kurz und nervose, klar und distincte" auf die Klage zu antworten. Uebrigens bezieht sich diese Vorschrift ausdrücklich nur auf die Einlassung des Beklagten, so wie denn auch die Klage nach §. 34. dieselbe Beschaffenheit haben soll; und diese Vorträge sind doch nicht die alleinigen, in welchen ein Geständniß vorkommen kann. — Insofern diese Vorschriften und unser heutiger Prozeß eine Geschichtserzählung, also eine Aufstellung der natürlichen Facta fordern, kann sogar nur dann, wenn sie beobachtet sind, das qualificirte Geständniß, welches in qualitativen Momenten abweicht, überall ein Geständniß seyn; weil, wie vorhin bemerkt, es kein solches ist, insofern bloß das juristische Factum in Rede steht.

67) A. M. Franke, a. a. O. S. 25 und 26.
68) Vgl. Linde, a. a. O. S. 95. 96.